

مطالعه تطبیقی علم قاضی

دکتر غلام حضرت برهانی^۱

چکیده

در حقوق و دعاوی و همچنین احکام صادره از محکمه عبارت علم قاضی اغلب شنیده می‌شود؛ یعنی آن چیزی که موجب آگاهی و علم به آن موضوع در قاضی می‌شود که بتواند بر اساس عدالت و انصاف و آگاهی رأی صادر نماید درواقع اگر فردی علیه دیگری دعوی را طرح کند باید برای ادعای خود و برای اثبات آن دلایل و مستندات ارائه نماید و اگر این مدارک و دلایل باعث شود که قاضی بتواند در مورد موضوع علم و آگاهی و یا یقین کسب نماید و بتواند رأی صادر کند عنوان علم قاضی بر آن اعمال می‌گردد که درواقع قاضی برای صدور رأی باید علم و یقین به موضوع داشته باشد و این علم با توجه به ادله که به محکمه ارائه می‌شود به دست می‌آید که هم در دعاوی حقوقی و هم جزای نیاز به ارائه آن دلایل و مستندات است که موجب علم قاضی بشود تا رأی مقتضی را صادر نماید از این رو، سخن در این است که آیا حاکم شرع می‌تواند در مقام قضاوت، به قرائن و شواهد علمی، از رهگذر رجوع به علم قاضی به مثابه دلیل اثباتی استناد نماید؟ دلایل اعتبار علم قاضی یا عدم حجیت آن و دامنه استناد به علم و حدود وسعت آن تا کجاست؟ اسباب تحصیل علم و ملاک رجوع به آن از دیدگاه حقوق و فقه، چه خواهد بود؟ از این جهت، شایسته خواهد بود تا زوایای علمی بحث به نحو جامع و متقن، تکمیل گردد تا پیکره تحقیق حاضر، از خلال پاسخ به پرسش‌های فوق، توالی مطالب موردنظر را در برداشته باشد، ابتدا دیدگاه و ادله فقها در حجیت علم قاضی و اختلاف نظریات ایشان بررسی می‌شود، سپس جمع‌بندی و نتیجه دیدگاه برگزیده پایان‌بخش این مقال خواهد بود.

واژه‌های کلیدی: علم، علم قاضی، علم عادی، علم متعارف، محاکمه.

^۱. استاد حقوق و علوم سیاسی اکادمی علوم و پوهنتون کابل

مقدمه

در بررسی ادله اثبات دعوی و طرق اثبات جرائم، علم قاضی از اهمیت ویژه‌ای در فقه و حقوق موضوعه برخوردار است گرچه ماده ۱۲۰ ق.م.ا. ایران: حاکم شرع می‌تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود استناد کند. صریحاً بر اعتبار علم حاکم شرع دلالت دارد اما از آنجائی که مبنای اصلی حقوق موضوعه فقه در کشورهای اسلامی می‌باشد لذا ضروری است تا اساس و قلمرو علم قاضی و کیفیت استناد و صدور حکم بر طبق آن، علاوه از حقوق و قوانین از جهت فقهی نیز مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد، مقاله‌ای که پیش رو دارید تحقیقی است تا میزان اعتبار علم قاضی را در صدور حکم بر طبق آن روشن نماید.

جواز استناد قاضی به علم شخصی خود در مقام صدور حکم یکی از مسائل دیرینه و پر سابقه فقهی است که امروز خود مسئله‌ساز شده و مورد ابتلای دستگاه قضایی است. ادله اثبات در امور جزایی در نظام آیین دادرسی‌ها رکن اساسی پرونده مطروح نزد قاضی را تشکیل می‌دهد. چراکه طبق اصل ۲۵ قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم‌علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.» و همچنین اصل ۳۷ ایران: «اصل بر برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» اصل برائت جزء اصول خدشه‌ناپذیر در نظام‌های جزایی است که جز با فراهم آوردن و ارائه ادله کافی و واجد ارزش اثباتی و تحصیل شده از طرق مشروع و قانونی، علیه فرد یا افراد متهم به ارتکاب جرم قابل نقض نیست، علم قاضی به‌عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در نظام‌های حقوقی معاصر به‌خصوص در نظام قضایی اسلام از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است که این نماد در مواد ۱۰۵، ۱۲۰ و ۱۲۸ ق.م.ا. به‌صورت کلی و در مواد ۱۹۹ و ۲۳۱ به شکل خاص در امر سرقت و قتل پیش‌بینی شده است.

نوشته حاضر آنچه در ارتباط با علم قاضی مطرح می‌شود اطلاعات عمومی یا دانش قضایی نوعی نیست زیرا انتخاب قضات از بین اشخاصی که اطلاعات و دانش مزبور را دارند برای این است که آن را در قضاوت به‌کارگیرند به‌بیان دیگر این علم لازمه قضاوت است و چنین علمی برای وی مفروض است و حتی بر وی تکلیف است که نسبت به آن (قضات) عالم باشد بلکه محل بحث در اینجا علمی است که قاضی بر اساس ادله قانونی موجود در پرونده (اقرار، شهادت، اماره قضایی و...) با لحاظ توان اثباتی می‌آورد. بناء بعد از بحث و بررسی به این نتیجه خواهیم رسید که در حقوق جزای برخی کشورهای اسلامی، علم قاضی در صورتی معتبر و قابل استناد است که در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده برای وی حاصل شود و علمی که قاضی، خارج از پرونده به دست می‌آورد فاقد اعتبار و حجیت قضایی خواهد بود.

۱. تعریف علم قاضی

علم در لغت به معنی دانستن و دانش است و علم قاضی از نظر فقهی به معنی یقین و اطمینان است که آن را علم عادی هم نامیده‌اند؛ و در امور قضائی و علم حقوق، علم عادی حجت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۶۳) و یا علم قاضی در اصطلاح عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس و یا ذهنی، علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد. (شاملو احمدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۱۴-۳۱۵) وقتی در بحث قضا سخن از علم پیش می‌آید دو نوع علم به ذهن متبادر می‌شود:

۱. علم حقوقی که برابر ادله عقلی و نقلی فراوان، تسلط بر آن برای تصدی شغل قضا لازم و واجب است. علمی که قواعد و ضوابط را بیان کرده و به بحث از تکالیف و وظایف اشخاص می‌پردازد؛

۲. علم قاضی نسبت به موضوع مورد نزاع و واقعیت مورد مناقشه؛ این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه علوم و... با یک سلسله استنادات یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحات و ادله طرفین برای قاضی حاصل شود. در مباحث علمی از علم، مفهوم دوم مورد نظر است. اصولاً ادله اثبات دعوی از مظاهر و تجلیات علم عادی می‌باشد. در اصول فقه، منظور از علم، قطع مقابل ظن است و حقیقت آن چیزی جز انکشاف واقع و حقیقت به‌طور کامل و تمام نیست. قطع حالتی نفسانی است که در آن امری برای شخص معلوم می‌شود و در مقابل ظن، شک و احتمال قرار دارد؛ به عبارت دیگر قطع، جزمی است که در آن احتمال

خطا و خلاف داده نمی‌شود. (بیهقی، ۱۳۷۶: ۱۰۶) اما در فقه و حقوق، رسیدن به این علم که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف است که در حقوق وسیله حل و فصل و ترفع دعاوی قرار می‌گیرد.

پس در حقوق جزای فعلی که غالباً بر اساس موازین حقوق اسلام تدوین یافته است، هرچند که به صراحت تنها ماده ۱۰۵ ق.م.ا علم قاضی به نحو عام می‌تواند برای اثبات تمامی جرائم، حق الله و جرائم ناظر به حق الناس و به طور خاص، به عنوان یکی از ادله اثبات در برخی از جرائم مورد استناد قرار گیرد، لیکن مقنن در هیچ یک از مواد مزبور و سایر مواد قوانین جزایی تعریفی از علم قاضی ارائه نداده است. تنها یکی از حقوقدانان با تبعیت از مفاهیم و منابع حقوق اسلام تعریفی از علم قاضی ارائه داده است که می‌تواند تعریف مورد قبول حقوق جزای فعلی تلقی شود. به نظر ایشان، منظور از علم قاضی، علمی است که مبتنی بر یقین یا اطمینان وی در انتساب یا عدم انتساب بزه به متهم باشد.

۲. علم عادی و متعارف

علم عادی علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند، به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند، هرچند که احتمال خلاف، عقلاً امکان پذیر باشد. اگر قاضی در هنگام دادرسی به واقع علم یافت، کدام عقل سلیم می‌تواند بگوید که به علم خود عمل نکند و فقط به دلایل ارائه شده توجه نماید؟ وقتی عمل به اقرار و بینة که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی می‌تواند مستند حکم قرار گیرد و برای قاضی، به سادگی علم عادی حاصل نمی‌شود و اگر مرتبه علم قاضی، از علم عادی بالاتر باشد در عمل به آن جای بحث نیست. (مدنی، ۱۳۷۸: ۳۷۷-۳۷۹).

۳. اهمیت علم قاضی

این اهمیت به درجه‌ای است که در مقام تعارض بین شهادت شهود و امارات قضائی، جانب اماره را باید ترجیح داد؛ زیرا قاضی از اماره قضائی مستقیماً اطمینان حاصل می‌کند؛ درحالی که استماع گواهی برای وی (به جای ایجاد علم) فقط ایجاد ظن می‌کند آن هم آگاهی به طریق غیرمستقیم. (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲: ۳۸۸)

۴. مبانی علم شخصی قاضی

۱. ادله قانونی بخصوص امارات قضائی

۲. اموری که از طرف مقنن، جزء ادله نیامده ولی برای قاضی یقین آور است. این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه جامعه‌شناسی و یا یک سلسله نتیجه‌گیری‌ها، برای قاضی حاصل شده باشد و یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحاتی که از طرفین داده و دلایلی که ابراز کرده‌اند حاصل شده باشد. (عظیمی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۷).

البته قاضی نمی‌تواند بعد از ختم دادرسی بدون مقدمه متهمی را صرفاً به لحاظ اینکه علم به بی‌گناهی او دارد، بدون قید مبانی علم، تبرئه کند، یا در مقام محکومیت بگوید با توجه به علمی که حاصل شده به هیچ یک از دلایل، رسیدگی نمی‌نماید و متهم را به حبس و جزای نقدی محکوم می‌نماید. مع الوصف بر اساس علم خود وقتی می‌تواند حکم صادر کند که بتواند موجباتی که برای او علم حاصل شده در پرونده قید نماید و رأی خود را موجه نشان دهد. (عظیمی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۷) تا قابل بررسی و کنترل از جانب مراجع تجدیدنظر باشد و موجب ایجاد حالت دلخواهی و خودرأی در امر قضاوت نشود.

در این مورد ماده ۱۰۵ ق.م.ا می‌گوید: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند.»

۵. ویژگی‌های علم قاضی

۱. متعارف بودن طرق تحصیل علم: علمی معتبر است که از راه‌های متعارف و معمول فراهم آمده باشد نه از راه‌های غیرعادی مانند مکاشفه و الهام یا علوم غریبه نظیر جفر، رمل، خواب مصنوعی، هیپنوتیزم، سحر جادو و...؛ یعنی علم قاضی باید از طریقی به دست آمده باشد که مردم نوعاً از آن طریق، تحصیل علم می‌کنند و به آن ترتیب اثر می‌دهند. به هر حال اگر علم به طریق

متعارف برای قاضی حاصل شود، موجبی برای نقض حکم صادره در مراحل بالاتر وجود ندارد و چنانچه حصول علم به نحو متعارف نباشد، حکم صادره قابل نقض در محاکم بعدی خواهد بود.

۲. ضرورت ذکر منشأ پیدایش علم در رأی: دومین شرط بسیار مهم برای امکان تمسک قاضی به علم خود این است که باید مستند علم خود را ذکر کند. ماده ۱۰۵ ق.م.ا. نیز برای امکان تمسک قاضی قطعیه علم آور هستند. این قرائن ممکن است در قالب نظریه کارشناس، تسامح و استفاضه مفید علم (که از ناحیه انجام تحقیقات محلی یا معاینه محل به دست می‌آید)، اخبار عادل واحد (در مواردی که تعدد شهود لازم است) اقرار به کمتر از حد مقرر، اقرار در نزد قاضی تحقیق و در مراحل تحقیقات مقدماتی باشند. اگرچه در ماده ۱۰۵ ق.م.ا. که اعتبار علم قاضی را در اثبات جرائم به نحو عام پیش‌بینی کرده است، ولی تحصیل علم از طریق غیر مشروع به صراحت منع شده است، لیکن نظر به اینکه وفق صراحت ماده مزبور، قاضی باید مستند علم خود را در پرونده ذکر کند و از آنجاکه مطابق اصول و قواعد آیین دادرسی، مستند علم باید به‌طور متعارف و مشروع کسب شده باشد، توسل به ابزار نامشروع و غیرقانونی برای تحصیل علم، فاقد اعتبار و حجیت قضایی است.

در این خصوص، عدم جواز توسل به شیوه‌های نامشروع و غیرقانونی برای تحصیل اقرار، شهادت بازرسی و تفتیش مراسلات پستی، مخابراتی و صوتی و تصویری برای کسب خبر و کنترل تلفن اشخاص با تحصیل علم قاضی، تصریح شده است. یکی دیگر از موارد محدودیت تحصیل علم قاضی در حقوق جزای ایران و همچنان افغانستان، منع تجسس و تحصیل علم در جرائم حق‌الله محض است. ^۱ در این زمینه مقرر می‌دارد: «در غیر موارد منافی عفت، دادرسان و قضات تحقیق می‌توانند اجرای تفتیش یا تحقیق از شهود و مطلعین یا جمع‌آوری اطلاعات و دلایل و امارات جرم یا هر اقدام دیگر را که برای کشف جرم لازم بدانند با تعلیمات لازم به ضابطین ارجاع کنند، این اقدامات ارزش اماره قضایی دارد.

تبصره: تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است مگر در مواردی که جرم مشهود باشد یا دارای شاکی خصوصی بوده که مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد.

از مفاد مواد مزبور و تبصره آن می‌توان استنباط کرد که راه‌های اثبات جرائم منافی عفت فاقد شاکی خصوصی در غیر موارد جرائم مشهود که موجب خدشه به نظم عمومی است، صرفاً اقرار و بینه با لحاظ تعداد و شرایط و خصوصیات مقرر امکان‌پذیر است و علم قاضی نمی‌تواند موجب اثبات جرم باشد.

۳. وجود مستند منشأ علم در پرونده: باید منشأ علم قاضی در پرونده وجود داشته باشد و علم مزبور باید مستند به دلایل و قرائن و شواهد باشد و متعاقب استماع اظهارات و مدافعات طرفین دعوی و دفاع در جلسات تحقیق و محاکمه تحصیل شود. بدین ترتیب در حقوق جزای، علم ناشی از رؤیت یا استماع واقعه مجرمانه یا علم شخصی حسی قاضی در خارج از محکمه فاقد اعتبار و حجیت قضایی است؛ بنابراین علم قاضی بایستی در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده حاصل شود. اگر قاضی خود را بی‌نیاز از بیان مستندات منشأ علم خود دیده به علم خود عمل کند، به‌خصوص در موارد علنی نبودن دادرسی، خود را در مظان اتهام و بی‌عدالتی قرار خواهد داد (خرسندیان، ۱۳۸۳: ۲).

از این جهت فقهای شافعی برای قاضی‌ای که به علم خویش حکم را صادر می‌کند شرایط سه‌گانه ذیل را بیان کرده‌اند.

۱. قاضی باید مجتهد باشد و اگر قاضی ضروری (غیر مجتهد) باشد باید که مستند حکم خویش را (در پرونده) ذکر نماید و اگر استناد خویش را ذکر نکرد فلا یعمل بقضایه.

۲. حکم قاضی در غیر عقوبت الله تعالی باشد.

۳. بینه (شهود) به خلاف علم قاضی نباشد. (عطوه، بی‌تا: ۲۹، رملی، ۱۴۰۴، ج ۸: ۲۵۹ و ۲۶۰ و شرقاوی، ۱۳۳۴، ج ۲: ۴۹۵).

۶. حجیت علم قاضی از منظر فقهی

الف) فقه امامیه: با بررسی آثار مکتوب فقهایی قدیم و معاصر شیعه دریافت می‌شود که میان آن‌ها مشهور است که امام معصوم می‌تواند به استناد علم شخصی خود حکم کند چنانچه محقق حلی می‌فرماید: الامام یقضی بعلمه مطلقاً و غیره من القضاء

^۱ اصل ۳۸ و ۲۵ ق ۱ ایران و ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۸ نیز می‌باشد.

^۲ ماده ۴۳ ق آ ک مصوب سال ۱۳۷۸.

يقضى بعلمه فى حقوق الناس و فى حقوق الله تعالى على القولين اصحهما القضاء و يجوز ان يحكم فى ذالك كله من غير حضور شاهد يشهد بالحكم؛ و حتى در مورد حق قضاوت امام معصوم برخى به اجماع قائل شده‌اند و از اين جهت صاحب جواهر آن را مطلقاً بدون مخالفت معتدبه دانسته‌اند و حتى شيخ انصارى آن را بالاي امام واجب دانسته چنانچه مى‌گويد: لاينبغى الاشكال فى ان الامام بل عليه... و از اين جهت صاحب جواهر اجماع را به همين منابع نسبت داده است. (نجفى، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۶؛ خامنه‌اى، ۱۳۸۲: ۶) ولى نسبت به قاضى غير معصوم، اختلاف نظر است كه در اين زمينه پنج نظريه ذيل از نزد ايشان ارائه شده: ۱. بعضى مطلقاً قائل به جواز عمل به علم شده‌اند و معتقدند كه قاضى غير معصوم نيز مانند امام معصوم در همه دعاوى و جرائم، اعم از حق الله مانند شرب خمر، زنا و حق الناس نظير قصاص مى‌تواند به استناد علم خویش قضاوت كند. ۲. بعضى ديگر معتقدند كه قاضى مطلقاً نمى‌تواند مطابق علم خود قضاوت كند و تنها طريق اثبات دعوا، اقرار، بينه و سوگند است.

۳. گروهى ديگر بين حق الله و حق الناس تفصيل قائل شده‌اند و معتقدند كه علم قاضى در حق الله حجت است نه در حق الناس.

۴. نظر گروهى ديگر نيز تفصيل است ولى عكس نظر پيشين: «قاضى مى‌تواند در حق الناس به علم خود استناد كند نه در حق الله» و اين قول ابن اديس است.

۵. برخى ديگر، بين حدود و غير حدود فرق گذاشته‌اند و در حدود استناد قاضى به علم شخص خود را جايز نمى‌دانند.

نظر مشهور بين فقهاى اماميه حتى ادعايى اجماع از نظر اول است يعنى علم قاضى چه در حق الله و چه در حق الناس اعم از امور كيفرى و امور مدنى حجت دارد و فقهاى معاصر نيز به تبعيت از مشهور فقهاى اماميه در ذيل كتاب قضا تحريرالوسيله خویش مى‌فرمايند: «يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه من دون بينة أو اقرار أو حلف فى حقوق الناس و كذا فى حقوق الله تعالى، بل لا يجوز له الحكم بالبينه اذا كانت مخالفة لعلمه أو خلاف من يكون كاذبا فى نظره، نعم يجوز له عدم التصدى للقضاء فى هذه الصورة مع عدم التعيين عليه.» (موسوى خمينى، ۱۳۷۹، ج ۱، مسئله ۸: ۱۰۱)

ب) فقه اهل السنه و الجماعة: در اينجا دو موضوع قابل بحث است، يکى آنكه حكم قاضى به خلاف علمش باشد مثل كسى شهادت به زوجيت بين دو نفر بدهد و علم قاضى بر محرميتش باشد مثلاً به رضاع و يا طلاق باين در اين صورت رأى قاضى جايز نيست كه خلاف علم خویش حكم را به اساس شهادت شهود صادر نمايد، زيرا حكمش به بطلان و حرام خواهد بود و به اين قول امام نووى دعوى اجماع كرده است اگرچه ماوردى مى‌گويد كه حكم را به اساس شهود صادر نمايد پس معلوم گرديد كه قول جمهور علماء است نه اجماع؛ و بعضى از شوافع گفته‌اند كه منتظر باشد زيرا معارضه بين علم قاضى و شهود كه ظاهراً عدول‌اند واقع شده تا فسق ايشان ظاهر شود مثلاً و يا پرونده را به قاضى ديگرى محول نمايد. (يعمرى مالكى، ۲۰۱۱، ج ۴: ۳۹۸؛ شرقاوى، ۱۳۳۴، ج ۲: ۴۹۵ و رأفت عثمان، ۱۴۱۵، ج ۱: ۵۰۱) دوم اينكه علمش با قضيه باشد و موافق آن حكم صادر نمايد، در اين صورت سه نظريه ذيل مطرح شده است:

۱. در رأى امام ابوحنيفه (رح) اگر موضوع در حد خالص براى خداوند متعال باشد مانند حد زنا، شرب خمر و حد سرقت، قاضى مجاز به استفاده از علم خود نيست اما اگر موضوع ناظر به حق الناس باشد مانند حد قذف يا اموال و عقودى كه مقصود از آن‌ها مال است يا در غير اموال همچون نكاح و طلاق و ديات، قاضى مى‌تواند به علم خود حكم كند. اگر شخصى پيش از تصدى امر قضا، عالم به حادثه باشد، يا بعد از تصدى به امر قضاوت در محلى غير از حوزه قضايى خود نسبت به موضوعى علم و آگاهى يابد، يا در محلى قاضى بوده و به موضوعى نيز عالم باشد و سپس عزل شود و پس از مدتى مجدداً ابلاغ قضايى دريافت كند حكم نمى‌تواند البته اگر علم در زمان ولايتش و يا در محل آن ولايت حاصل نمايد باز حكم كرده مى‌تواند.

۲. در فقه مالكى، قاضى به علمش قضاوت مى‌كند و اين ديدگاه ابو ثور، ابو يوسف و يك روايت از امام احمد و قول راجح از امام شافعى است اما مذهب شافعى به اساس هردو قول اين است كه قاضى در غير حدود مى‌تواند حكم صادر نمايد اما در حدود قاضى حق صدور حكم را ندارد و در جرح و تعديل علم خود اقدام مى‌كند اما در آنچه به آن اقرار شده است، قاضى نمى‌تواند به علم خود عمل كند قاضى به علم خود در جرح و تعديل اعتماد مى‌كند ولى به علم خود در شىء از اشيايى كه اقرار نسبت به آن شده، حكم نخواهد كرد. با اين وجود، در حدود و تعزيرات مانند حد زنا يا محاربه يا سرقت يا شرب خمر به واسطه

سقوط آن‌ها به جهت شبهه و همچنین به سبب مستحب بودن استتار و پوشاندن آن نمی‌توان به علم خود قضاوت کرد اما در حقوق الناس منعی در قضاوت به علم نیست اعم از امور مالی یا حد قذف و در جرح و تعدیل نیز بلاشکال است.

۳. مذهب حنبلی نیز قاضی نمی‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند مگر در جرح و تعدیل؛ اختلافی در این نیست که قاضی مجاز است به واسطه اقرار و شهادت در دادگاه حکم صادر کند و هنگامی که بشنود با دو شاهد نیز می‌تواند به علم خود عمل کند زیرا از موضع تهمت خارج است یا منتفی است اما حکم به علم در غیر آنچه شنیده یا دیده است قبل از تصدی قضاوت یا بعد از آن، جایز نیست. چنانچه گفته‌اند: لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه لا في الحدود ولا في غيرها، لا فيما علمه قبل توليته القضاء ولا به بعده و هذا ما يراه شريح و الشعبي و مالك و أكثر أصحابه و إسحاق بن راهويه و أبو عبيد و هو قول للشافعي يعد غير قوي عند الشافعية و هذا الرأي أيضاً ظاهر المذهب في فقه الحنابلة. (يعمری مالکی، ۲۰۱۱، ج ۱: ۵۰۲-۵۰۳؛ ابن قدامة، ۱۳۸۸، ج ۱۱: ۴۰۰ و ابن مودود موصلی، ۱۳۵۶، ج ۲: ۱۲۱)

نقد و بررسی ادله را در دو گروه (که قائل به حجیت علم قاضی و مخالف آن است) ذیل بررسی می‌کنیم:

۷. بررسی ادله عدم اعتبار و عدم حجیت علم قاضی

از برخی روایات چنین استفاده می‌شود که راه اثبات قضایی را بر بینه و سوگند منحصر دانسته‌اند که عمده‌ترین آن روایات قرار ذیل‌اند:

۱. هشام بن حکم از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرمود: قال رسول الله (ص): «انما اقضي بينكم بالبينات والايمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار.» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۷۰) و یا ما روی عن أم سلمة أن النبي (صلی‌الله‌علیه و سلم) قال: «إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي و لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي به نحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار.» (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۸۵) و همچنان رسول‌الله (ص) می‌فرماید: «إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي و لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار.» (سجستانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۲۸) من طبق شواهد و سوگند میان‌تان داوری می‌کنم، زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعضی دیگر، قوی‌تر (ألحن أي ابلغ، افصح، ابطن و اظهرتر) است پس اگر من بر اساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانش را به او بدهم (ولی درواقع حق وی نباشد) همانا با این حکم، قطعه‌ای از آتش برایش فراهم کرده‌ام. در تفسیر عسکری از حضرت علی (رض) نقل کرده است: كان رسول الله (ص) يحكم بين الناس بالبينات والايمان في الدعاوى، فكثر المطالبات و المظالم فقال: أيها الناس انما أنا بشر وانتم تختصمون و لعل بعضكم الحن بحجته من بعض و انما اقضي على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه به شيء فلا يأخذ به فانما أقطع له قطعة من النار. (حر عاملی ۲۷: ۲۳۳، کلینی، ج ۷: ۴۱۵، عسکری، ۱۴۰۹: ۶۷۳ و ۳۷۶ حر عاملی، ج ۱۸: ۱۶۹) ولی این روایت از نظر سند اعتباری ندارد و گفته‌اند این روایات به مقتضای مفهوم حصر، حجیت قضایی علم شخصی قاضی را، نفی می‌کند. این استدلال از چندراه، مورد مناقشه قرار گرفته است:

- ✓ ذکرشی نفی ماعدا نمی‌کند و دلالت بر حصر منافاتی ندارد.
- ✓ از ناحیه اقرار و یا شهادت یک شاهد و سوگند مدعی، مطلب قابل نقض است، چون این دو خصوصیت در روایت ذکر نشده‌اند، باوجوداینکه هیچ اشکالی در این نیست که در امر قضاوت به یک شاهد و سوگند، استناد شود، هر پاسخی که در مورد این دو داده شود، عیناً همان پاسخ از سندیت علم هم خواهد بود.

۲. معتبره داود بن فرقد است که گفت: «سمعت ابا عبد الله، ان اصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عبادہ ارایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعا به؟ قال: کنت اضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال، ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعا (تصنع) به؟ فقلت اضربه بالسيف، فقال یا سعد: فکیف بالاربعة الشهود؟ فقال:

۴. ألحن أي: أفطن بها و يجوز أن يكون معناه أفصح تعبيراً عنها و أظهر احتجاجاً حتى يخیل أنه محق و هو فی الحقيقة مبطل، قال الشوکانی: و الأظهر أن معناه أبلغ كما وقع فی رواية الصحيحین أي: أحسن إيراداً للكلام.

یا رسول الله بعد رأی عینی و علم الله (انه) قد فعل؟ قال: ای والله بعد رأی عینک و علم الله (انه) قد فعل، ان (لان) الله جعل لكل شیء حدا و جعل لمن تعدی ذلک الحد حدا»^۵ (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳، عاملی، ۱۳۹۶، ج ۲۸: ۱۴ و ۱۷ و کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۱۷۴)

از امام صادق شنیدم که فرمود: اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادہ گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسرت ببینی چه خواهی کرد؟ وی گفت: او را با شمشیر به قتل می‌رسانم، حضرت فرمود: رسول خدا (ص) از آنجا عبور کرد و فرمود ای سعد چه شده است؟ سعد عرض کرد: به من گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسرت ببینی چه خواهی کرد؟ و من پاسخ دادم: او را با شمشیر می‌کشم، حضرت فرمود: ای سعد، پس چهار شاهد برای چیست؟ عرض کرد: ای رسول خدا (ص) بعد از این که به چشم خود دیدم و خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است (بازهم نیازی به شاهد هست؟) حضرت فرمود: آری به خدا سوگند باینکه به چشم خود دیدی و خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است. خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و هرکسی که از آن حد تجاوز کند، نیز حدی مقرر داشته است.

مورد دلالت حدیث، هرچند علم شوهر است نه علم قاضی ولی این روایت وجود چهار شاهد را ملاک ثبوت زنا قرار داده است، نه ملاک آنکه شوهر بتواند بر کسی که با همسرش زنا کرده است حد جاری کند؛ بنابراین مقتضای روایت این است که عمل زنا جز با شهادت چهار شاهد ثابت نمی‌شود و در این مسئله، شوهر و قاضی یکسان هستند؛ و اینکه، نه علم شوهر و دیدن او و نه علم خدا به فعل زنا و نه هیچ چیز دیگری، در اثبات زنا اثری ندارند، بلکه تنها راه ثبوت زنا، وجود چهار شاهد است، مؤید این دلالت، تعبیری است که در نقل روایت برقی از علی بن حسن رباط آمده است که پیامبر فرمود: «یا سعد فاین الشهداء الذین قال الله...؟» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۷: ۴۳) این مطلب به آیه کریمه‌ای اشاره دارد که در اثبات زنا نزد حاکم، وارد شده است، چنان که ذیل روایتی که ابن رباط آن را نقل کرده، شاهد بر این معناست آنجا که فرمود: «خداوند گناهی را که کمتر از چهار شاهد بر آن گواهی دهند بر مردم پوشیده گردانده است». حاصل آنکه: ظهور روایت در این است که راه ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و غیر از آن و کمتر از آن تعداد، در ثبوت زنا اعتباری ندارد و این اطلاق شامل علم قاضی هم می‌شود.

۳- روایت ابن عباس (رض) که گفت: «ان رسول الله حین لاعن بین العجلانی و امراته قال: کانت حبلی فقال: و الله ماقربتها منذ عفرنا قال: و کان زوجها خممش الساقین و الذراعین اصبه الشعر و کان الذی رمیت به ابن السحماء قال: فولدت غلاما اسود احلی جعدا اعل الذراعین قال: فقال ابن شداد بن الهاد لابن عباس: «اهی المرثه آلتی قال النبی (ص) لو کنت راجما به غیر بینة لرجمتها قال: لا، تلك امرأة قد اعلنت فی الاسلام» او «کانت تظهر السوء فی الاسلام» او «کانت تظهر فی الاسلام السوء» او «کانت تظهر فی الاسلام الشر» او «کانت تظهر الشر فی الاسلام» با اختلاف نقلی. (قزوینی، ۲۰۰۶، ج ۲: ۸۵۵، فاضل نراقی، ج ۱۷: ۴۳ و طبرانی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۰: ۲۹۵)

رسول خدا میان عجلانی همسرش ملاعنه کرد، زن او باردار بود، شوهرش گفت: به خدا سوگند دو ماه بعد از تلقیح نخلها و قطع آبیاری آنها من با این زن نزدیکی نکرده‌ام، راوی گفت: شوهر این زن اندامی لاغر و موهایی پور داشت و شخص مورد تهمت ابن سحماء بود، راوی گفت: آن زن پسری سیاه چهره با موهای پیچیده و مجعد و بازوی قوی آورد، ابن شداد بن هاد به ابن عباس (رض) گفت: «آیا این همان زنی است که پیامبر فرمود: اگر قرار بود کسی را بدون بینة سنگسار کنم این زن را سنگسار می‌نمودم وی گفت: نه او زنی بود که در اسلام علناً کار ناپسند انجام می‌داد. با عبارات مختلف نقل شده.

این روایت سندیت علم قاضی را در سنگسار کردن، نفی می‌کند، زیرا آنچه از ظاهر عبارت «تظهر السوء او الشر فی الاسلام» برمی‌آید این است که آن زن، آشکارا ارتکاب خود بدان عمل را، اعلان می‌داشته است که معمولاً از گفته او علم حاصل می‌شده که وی مرتکب عمل زنا شده است، ولی باین همه رسول خدا (ص) بدون بینة و شاهد، از سنگسار کردن وی خودداری فرمود، چنان که مقتضای مفهوم «لو» امتناعیه این است.

۴. ما روی عن أبي بكر الصديق (رض) أنه قال: لو رأيت حدا علی رجل لم أحد حتی تقوم البینه. (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۹۸)

^۵. این روایات را دکتر احمد ده آبادی در قواعد فقه جزایی در ص ۲۹۸ ذکر کرده، نقد بر آن: این روایات مبهم و مجمل است. جواب: نه خیر زیرا مراد از کل شیء می‌تواند هر چیزی باشد که قانون بردار باشد.
^۶. العفران سقی النخل بعد ان یترک من السقی بعد الابار بشهرین.

۵. عن الزهري عن عبيدالله، عن ابن عباس (رض) قال: قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل: لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى و قد أحصن، إذا قامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف. (شوکانی، ج ۹: ۱۹۸، ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۱۱: ۴۰۰-۴۰۲)

۶. روایت حمزه بن ابی حمزه است از پدرش از جدش که گفت: امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «احکام المسلمین (جميع احکام المسلمین) على ثلاثة، شهادة عادلة او يمين قاطعة او سنة ماضية من ائمة الهدى عليهم السلام او سنة جارية مع ائمة الهدى.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۹۰) تمام احکام مسلمانان سه دسته‌اند: گواهی عادلانه، یا سوگندی قاطع و یا شیوه‌ای عملی از ائمه (علیهم‌السلام).

این روایت با آنکه در کافی و تهذیب و خصال آمده است، از نظر سند ضعیف است. چون در سلسله سند آن ابی جمیل کذاب (مفضل بن صالح)، وجود دارد هم‌چنین تمام رجال سند بعد از ابی جمیل ناشناخته‌اند و وجود بزنی در سند نیز، سودی ندارد، زیرا بودن بزنی در سند برای توثیق کسی مفید است که مستقیماً از او نقل کرده باشد نه با واسطه.

۷. روایاتی که شهادت به زنا را تا زمانی که شهادت چهارگانه کامل نگردد جایز نشمرده‌اند و آن را قذف و موجب حد می‌دانند. در معتبره محمد بن قیس از امام باقر آمده است که امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: لا یجلد رجل ولا امرأة حتى یشهد علیهما اربعة شهود علی الایلاج و الاخراج و قال: لا کون اول الشهود الاربعة اخشی الروعة ان ینکل بعضهم فاجلد. (حر عاملی، بی‌تا، ج ۲۷: ۴۰۹)

روایت سکونی از امام صادق از پدرش از علی بن ابی‌طالب درباره سه نفر که شهادت به زنا می‌دادند، نقل شده که حضرت فرمود: «این الرابع؟ قالوا: الان یجیء، فقال حدوهم فلیس فی الحدود نظر ساعة.» (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۴۹) چهارمین شاهد کجاست؟ گفتند: هم‌اکنون می‌آید، امام فرمود: این سه نفر را حد بزنی زیرا در حد نمی‌توان درنگ کرد.

و روایت عباد بصری که گفت از امام باقر درباره سه نفر که به زنا شخصی شهادت دادند و گفتند هم‌اکنون چهارمی را می‌آوریم، سؤال کردم، حضرت فرمود: باید هر یک از این سه نفر هشتاد تازیانه حد قذف زده شود.

اطلاق این روایات دلالت دارد تا زمانی که چهار شاهد موجود نباشد، شهادت دادن و کسی را به زنا متهم کردن حرام است، حتی اگر از ناحیه قاضی باشد. مقتضای عموم آیه حد قذف و ملاعنه و آیات افک در سوره مبارکه نور نیز همین است، زیرا از ظاهر آن‌ها به‌خوبی روشن می‌شود که وجود چهار شاهد، موضوعیت دارد.

ادعای آنان که این ادله از قاضی در مقام قضاوت و اجرای حدود الهی، انصراف دارند، پذیرفتنی نیست، زیرا هیچ سبب برای این انصراف وجود ندارد، روایات تصریح دارند به عام بودن این حکم (جایز نبودن شهادت بدون وجود چهار شاهد) برای مقام مرافعه و داوری، با در نظر گرفتن شهود؛ و قاضی نیز از این لحاظ همانند شهود است و تفاوتی میان شهود عادل و قاضی وجود ندارد. علاوه بر این در لسان روایات، شدت و تأکید به‌روشنی پیداست و حکمت این حکم بلکه علت آن این است که خداوند اراده فرموده بر گناهان پوشش بگذارد و گناهی که کمتر از چهار شاهد بر آن باشد، بر مسلمانان پوشیده بماند، و نیز لسان روایات گویای آن است که وجود چهار گواه، موضوعیت دارد و روشن است که در این نکته تفاوتی میان قاضی و غیر قاضی نیست.

۸. روایتی کلینی از علی بن ابراهیم از محمد بن عیسی از یونس است که گفت: «استخراج الحقوق باربعة وجوه، شهادة رجلین عدلین، فان لم یكونا رجلین عدلین فرجل و امراتان، فان لم تکن امراتان فرجل و یمین المدعی، فان لم یکن شاهد، فالیمین علی المدعی علیه فان لم یحلف ورد الیمین علی المدعی، فهو واجب علیهم ان یحلف و یاخذ حقه، فان ابی ان یحلف فلا شیء له.» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۱۷۶)

دست‌یابی به حقوق به چهار گونه ممکن است، یکی به گواهی دادن دو مرد عادل، اگر دو مرد عادل نبودند یک مرد و دو زن و اگر دو زن و یک مرد نبودند، یک مرد و یک سوگند مدعی و اگر شاهی وجود نداشت باید مدعی علیه سوگند یاد کند و اگر او سوگند یاد نکرد و سوگند را به مدعی برگرداند، بر او واجب است که سوگند بخورد و حق خویش را بستاند و اگر از سوگند یاد کردن خودداری کرد، چیزی به او تعلق نمی‌گیرد.

این روایت از جنبه سند، مرسل و مضمحل است، هرچند کسی که آن را به‌صورت ارسال آورده، فردی چون یونس باشد. از جنبه دلالت نیز ظهور در حصر دارد و ادعای این‌که روایت از نظر به فرض علم قاضی منصرف است، مردود است. آری، این روایت از موردی منصرف است که حق بر اساس قرائن حسی قطعی روشن برای همه‌کس، در دادگاه اثبات می‌شود، زیرا در این مورد

۹. روایات متعدد بلکه فراوانی که در باب زنا وارد شده و دلالت دارد که معیار ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و تا زمانی که چهار شاهد گواهی ندهند، هیچ زن و مردی، سنگسار نشده و تازیانه نمی‌خورند، از قبیل صحیح حلبی از امام صادق که فرمود: حد الرجم ان یشهد اربع انهم راوه یدخل و یدخرج. (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳)

و معتبره ایی بصیر که گفت امام صادق فرمود: لایرجم الرجل و المرأة حتی یشهد علیهما اربعه شهداء علی الجماع و الایلاج و الاخراج کالمیل فی المکحله. (مجلسی، بی‌تا، ج ۷۶: ۵۴)

۸. بررسی ادله اعتبار و حجیت علم قاضی

از این دو آیه چنین استنباط می‌شود که خطاب در عبارات فاقطعوا و فاجلدوا به حکام و متصدیان امر قضاء است. حکم به قطعید و اجرای تازیانه را موقوف بر ثبوت عنوان سارق و زانی قرار داده است؛ و آن‌ها را مقید به اثبات از طریق اقرار یا بینه نکرده بلکه تحقق عنوان سارق یا زانی و ثبوت آن نزد حاکم را ملاک قرار داده است. لذا هرگاه قاضی علم به وقوع سرقت یا زنا پیدا کند قطعاً موضوع نزد او ثابت شده و صدور حکم بر او واجب است و اگر به علم خود توجه نکند تخلف از حکم الهی کرده است و هرگاه ثابت شود که در اجرای حد سرقت و زنا، قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند و در سایر حدود نیز با توجه به علم و قول به فصل ثابت می‌شود که علم قاضی حجت است؛ زیرا هیچ‌کس بین حدود از لحاظ اثبات فرق قائل نشده است. همچنین وقتی حجیت علم قاضی در حق الله که مبنی بر تخفیف است ثابت شود حجیت آن در حق الناس به طریق اولی ثابت خواهد شد. پس از این دو آیه چنین استنباط می‌گردد که علم برای قاضی حجیت است و می‌تواند آن را مستند حکم قرار دهد.

چنانچه اگر علم پیدا کند به اینکه خانه ملک زید و یا علم پیدا کند فلان زن زوجه زید است و حکم به زوجیت او دهد قطعاً این حکم به حق و قسط و عدل است و برخلاف عدل، حق و ما انزل الله حکم ندهد.

برخی به آیات شریفه‌ای استناد کرده که دلالت بر لزوم حکم قاضی از حیث منطوق و مفهوم طبق آنچه خداوند نازل کرده است می‌نماید؛ و آن آیات عبارت‌اند از: إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِهِ الْحَقُّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا. (النساء: ۱۰۵) و مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ. وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ. وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ... وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ سِنَّ اللَّهِ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. (المائدة: ۴۲، ۴۸، ۴۷، ۴۵، ۴۴)

وجه استدلال به این آیات چنین است که آن‌ها امر به صدور حکم قاضی طبق آنچه خداوند نازل کرده است می‌کنند یعنی قضاوت قاضی بر طبق حکمی است که خداوند سبحان نازل کردند و آن حکم را بر یک موضوع واقعی وضع کردند پس اگر نزد قاضی موضوعی ثابت شود و نسبت به آن به‌عنوان موضوعی که حکمی کلی از طرف خداوند بر آن وضع شده است علم پیدا کند ولی حکم را طبق آنچه خداوند نازل کرده است صادر نکنند مطابق تعبیر آیات پیش‌گفته، فاسق، ظالم و کافر خواهد بود.

اما تمسک به آیاتی که حکم به عدل، حق و قسط، دلالت دارند، مانند یا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ به الحقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ. (سوره ص: ۲۶) إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا. (النساء: ۵۸)

امتیاز که این آیات بر آیات گذشته دارند این است که در موضوع این آیات، حکم به حق و عدل وارد شده است، گفته می‌شود: ظاهر این آیات حاکی از این است که مقصود، حکم به حق و واقع مورد نزاع است.

بناء، خود این دلیلی بر آن است که موضوع جواز قضاوت و صدور حکم، همان واقع است و علم قاضی برای دستیابی به واقع فقط طریقت دارد. ولی می‌تواند در این استدلال مناقشه کرد، به این‌که گاهی مقصود از کلماتی چون حق و عدل، حق و عدل طبق موازین داور و قضاوت است، نه حق و عدل مطابق با واقع و این‌که علم قاضی از موازین قضاوت نباشد، خود اول بحث است.

این اشکال قابل دفع است، چراکه حمل کلمه حق و عدل به‌ویژه کلمه حق بر حق و عدل در معیارهای قضایی قطعاً خلاف ظاهر است، زیرا مقابل عدل، ظلم و مقابل حق، پامال کردن حق کرده و کسی که طبق معیارهای قضاوت و موازین داور حکم نکند، مثلاً سوگندی را در غیر مورد خود پذیرفته و یا به یک شاهد اکتفا کند، نمی‌تواند مصداق کسی باشد که به ظلم و ستم و غیر حق، حکم کرده است، بلکه با قانون قضاوت و داور و کیفیت آن، مخالفت ورزیده است.

از همین‌جاست که میان عنوان حکم به دستورات الهی و شرع او و میان عنوان حکم به عدل و حق، تفاوت قائل هستیم، چه اینکه حق و عدل، ظهور در این دارد که آنچه بدان، قضاوت می‌شود، حق و عدل باشد، نه این‌که کیفیت داور آن حتماً باید طبق معیارهای قضایی باشد که در حکم الهی و شرع آمده است. به سخن دیگر، این معنا، یعنی عدل و حق در معیارهای قضایی، حق و عدل نسبی‌اند که باید آن‌ها را نسبت به معیارهای شرعی قضاوت سنجید و این خود معنای دیگری است زائد بر معنای لفظی حق و عدل که نیاز به قرینه دارد، والا از ظاهر لفظ، استفاده می‌شود که مقصود، حق و عدل به معنای مطلق، یعنی حق و عدل به‌حسب واقع مورد نزاع است.

۳. حدیث هند زوج ابی سفیان، لما قالت لرسول الله (ص): إن أبا سفیان رجل شحیح لا یعطینی من النفقة ما یکفینی و ولدی، قال لها صلی الله علیه و سلم: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف.» (قشیری نیشابور، ۱۳۳۸، ج ۳: حدیث ۱۷۱۴، بخاری، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۴)

۴- در کتاب وسایل الشیعه روایتی به این مضمون آمده است که بعضی از انبیاء گذشته از قضاوت بین مردم شانه خالی می‌کردند و عذر می‌آوردند که چگونه حکم کنیم؟ درحالی‌که از کیفیت قضیه و موضوع بی‌اطلاع هستیم و علم به آن نداریم خداوند به آن‌ها می‌فرماید: با استناد شهادت و بینه و اگر نبود به قسم دادن طرف مقابل قضاوت کنید. (الوسایل، بی‌تا، ج ۱۸: ۱۶۷)

از این روایت استفاده می‌شود که قضاوت بر اساس علم و صحت آن نزد پیامبران امری مفروغ عنه بوده است و اگر علم و اطلاعی وجود نداشته و چون موارد علم و اطلاع غالباً نادر و کم اتفاق می‌افتد و در اکثر مواردی که محل ابتلا برای قضاوت آن‌ها بوده علم به قضیه نداشته‌اند، لذا با نگرانی سؤال می‌کرده‌اند که چگونه قضاوت کنیم؟ که تعبیر این است (کیف اقضی بما لم تر عینی و لم تسمع اذنی) مستفاد از این عبارت این است که اگر دیده بودم یا شنیده بودم که جای سؤال نبود و قضاوت می‌کردم؛ اما با توجه به اینکه به چشم ندیده و به گوش نشنیده‌ام، یعنی علم ندارم چگونه قضاوت کنم؟ خداوند می‌فرماید: با بینه و قسم قضاوت را تمام کنید که این ظهور دارد بر اینکه استناد به بینه و قسم در صورت فقدان علم برای قاضی است و وقتی که علم وجود داشته باشد جایی برای تمسک به بینه و قسم نیست.

با روشن شدن مورد و معنی این روایات، مفاد روایاتی که در آن‌ها طریق قضاوت به بینة و یمین منحصر گردیده روشن خواهد شد. از جمله آن روایتی است از پیغمبر (ص) که فرمودند: انما اقضى بینکم بالبینات والایمان و بعضی به ظاهر حدیث تمسک نموده و از روایت چنین استظهار می‌کنند که کیفیت قضاوت منحصر به همین دو طریق است و علم قاضی خارج از این دو طریق است پس حجیت ندارد. لیکن می‌گوییم:

- پیغمبر در مقام بیان کیفیت قضاوت در صورتی است که علم برای قاضی وجود نداشته باشد چون مواردی که قاضی علم به موضوع داشته باشد نادرست است و اغلب موارد که نزد قاضی مطرح می‌شود و قاضی اطلاعی از آن‌ها ندارد، ذکر از علم به میان نیاورده و می‌فرماید: اقضى بینکم بالبینات والایمان یعنی در موارد عام چنین قضاوت می‌کنم به قرینه همان روایت سابق.

- کلمه انما برای حصر حقیقی است اما درجایی که قرینه در کار باشد حمل به حصر اضافی می‌شود و اینجا قرینه قطعی داریم که مراد صورت غیر حصول علم است؛ زیرا درجایی که علم باشد که طریق قطعی است جعل طریق ظنی در مقابل آن معقول نیست.

۶. تمسک به مرفوعه برقی از امام صادق که فرمود: «القضاء اربعة، ثلاثة فی النار و واحد فی الجنة، رجل قضی به جور و هو یعلم فهو فی النار و رجل قضی به جور و هو لا یعلم فهو فی النار و هو لا یعلم فهو فی النار و هو لا یعلم فهو فی النار و هو لا یعلم فهو فی النار» (کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۵۷۷)

قاضیان چهار دسته‌اند، سه دسته آن‌ها سزاوار دوزخ و یک دسته بهشتی‌اند، کسی که آگاهانه، به جور و ستم حکم کند، در آتش است، کسی که به جور و ستم حکم کرده و خود نمی‌داند او هم در آتش است، کسی که قضاوت به حق کند ولی خود نداند او نیز در آتش دوزخ بوده و کسی که آگاهانه به حق داوری کند در بهشت جای دارد.

تقریب استدلال: ظاهر کلمه «حق» در قضاوت بر حق، همان واقع مورد نزاع و حق فی ذاته است نه حق به حسب موازین قضایی به‌ویژه با فرموده او که: «قضی به الحق و هو لا یعلم». نهایت امر این است که چون حرمت، در این صورت از باب تجری نبوده بلکه از باب معصیت است، چنانکه ظاهر حدیث حاکی از این است. از این نکته استفاده می‌شود که موضوع جواز قضاوت، «حق» و «واقع» است مشروط به این که بدان‌ها علم حاصل شده و احراز شوند و نیز به دست می‌آید که هر یک از آن دو، یک جزء از موضوع است؛ بنابراین وجهی برای تأویل ظاهر حدیث و حمل حق در آن، بر حق به حسب موازین قضایی و یا ادعای اجمال حدیث وجود ندارد. بدین ترتیب، حدیث دلالت دارد که در جواز قضاوت، علم و احراز واقع، کفایت می‌کند و شاید قدر متیقن از عبارت «قضی به الحق و هو یعلم» همان صورت علم به واقع باشد، پس روایت در جواز قضاوت قاضی به علم خود، همانند روایتی صریح است.

۷. تمسک به روایات خاصه (روایاتی که ارتباط ویژه‌ای با محل بحث دارند). از جمله روایتی که کلینی از علی بن محمد، از محمد بن احمد المحمودی، از پدرش، از یونس، از حسین بن خالد از امام صادق (رح) نقل کرده است که گفت شنیدم حضرت می‌فرمود: الواجب علی الامام اذا نظر الی رجل یزنی او یشرب الخمر ان یمضی و یدعه، قلت و کیف ذلک؟ قال: لان الحق اذا کان لله، فالواجب علی خلقه و اذا نظر الی رجل یسرق ان یزجره و ینهاه و یمضی و یدعه، قلت و کیف ذلک؟ قال: لان الحق اذا کان لله، فالواجب علی الامام اقامته و اذا کان للناس فھوللنّاس. (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۴۴)

اگر امام ملاحظه کرد کسی زنا می‌کند یا شراب می‌نوشد بر او واجب است که بر آن شخص حد جاری کند و باوجود دیدن نیازی به شاهد ندارد، زیرا امام امین خدا میان مردم است و اگر دید فردی دزدی می‌کند باید او را از آن کار نهی کند و بگذرد و ترک کند. گفتیم: چگونه؟ فرمود: زیرا اگر حق خدا باشد، بر امام واجب است آن را اقامه نماید و اگر حق مردم است، مربوط به خود مردم است.

آنچه در روایت وارد شده این است که «الواجب علی الامام اذا نظر الی رجل یزنی او یشرب الخمر ان یمضی علیہ الحد» و این تعبیر به قرائنی که بعد از آن آمده، ظهور در امام معصوم نزد اهل شیعه دارد، چون تعلیل شده که: «لانه امین الله فی خلقه» و این وصف در لسان روایات نزد ایشان از ویژگی‌های معصومین است، به همین دلیل مشهور فقها امامیه از این روایت، همین را فهمیده‌اند و روایت را دلیل بر نفوذ علم امام قرار داده‌اند؛ اما از ظاهر روایت چنین چیزی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این روایت از روایاتی است که بالصراحه دلالت دارد بر اینکه قاضی در حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند به علم خودش عمل کند مثل زنا و یا شرب خمر می‌فرماید: قاضی مکلف است به استناد به علم خودش حکم دهد و اقامه حد کند بدون اینکه احتیاج به بینة داشته

باشد و اما در مورد حق الناس می‌فرماید قضاوت باید بعد از مطالبه ذی حق باشد. معنی مطالبه ذی حق این نیست که قاضی نمی‌تواند به استناد علم خود قضاوت کند، بلکه مراد این است که در حق الناس قضاوت چه به استناد علم باشد یا بینه یا اقرار نیاز به مطالبه ذی حق دارد و بعد از مطالبه ذی حق قضاوت صحیح است.

۸. اقوی بودن علم قاضی بر بینه و اقرار: صاحب جواهر چنین بیان فرمودند: «علم قاضی از بینه‌ای که اراده کشف واقع از آن می‌شود قوی‌تر است.» ظاهر منظور صاحب جواهر این است، وقتی که بینه در مقام قضاوت و صدور حکم حجت باشد بدیهی است که اعتبار آن به جهت کاشفیت و طریقیست است نه اینکه به صورت موضوعیت و وصفیت باشد. بنابراین علم قاضی به لحاظ اعتبار و حجیت سزاوارتر است زیرا کاشف بودن علم قاضی و طریقیست آن به واقع قوی‌تر از بینه‌ای است که در موضوع قضاوت و صدور حکم کاشف شمرده می‌شود. نیز صاحب جواهر می‌فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی مستلزم فسق او یا استنکاف از صدور حکم است که هر دوی آن جایز نیست به طور نمونه هنگامی که مردی زوجه خود را سه بار در محضر قاضی طلاق می‌دهد و سپس آن را انکار می‌کند ادعای مرد همراه با سوگند وی قبول می‌شود درحالی که اگر قاضی برخلاف علم خود طبق سوگند مرد، به تسلیم زوجه به مرد حکم کند فسق او ثابت می‌شود و در غیر این صورت استنکاف بی‌جهت از صدور حکم لازم می‌آید.»

وی بازمی‌فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی، مستلزم عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق در صورت امکان ابراز و صدور حکم بر طبق آن است درحالی که فرض اول باطل است پس فرض دوم متعین است توضیح اینکه در صورتی که قاضی علم به بطلان ادعای یکی از دو طرف دعوی داشته باشد، اگر بازداشتن از باطل بر او واجب نباشد فرض اول یعنی عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق لازم می‌آید و در غیر این صورت مطلوب موردنظر یعنی قضاوت کردن قاضی بر طبق علم شخصی جهت اظهار حق و انکار منکر ثابت می‌شود.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸)

امام خمینی در تحریر الوسیله چنین می‌آورد: «برای قاضی جایز است که طبق علم خودش حکم صادر نماید، بدون اینکه نیاز به اقامه بینه و اقرار یا قسم داشته باشد. بلکه جایز نیست بر او که در حقوق انسان و همچنین در حقوق الهی بر اساس بینه حکم دهد در هنگامی که مخالف علمش هست یا سوگند کسی که در نظرش دروغ‌گو باشد. بلکه جایز است بر او نداشتن قصدی برای قضاوت در این صورت با عدم مشخص بودن و تعیین بر او به عبارت روشن‌تر یعنی در صورتی که بر او واجب عینی نباشد، پذیرش امر قضاوت بر او واجب نیست. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۶۷) در اینجا به نظر می‌رسد که مطلق علم قاضی موردنظر نیست.

۹. دلیل بر اعتبار علم قاضی اجماع است: اولین و مهم‌ترین دلیل قائلان به حجیت علم قاضی، ادعای اجماع برخی فقهای امامیه است از جمله: سید مرتضی چنین می‌آورد: «به درستی که امام و حکام می‌توانند به علم خود در جمیع حقوق و حدود بدون استثناء قضاوت کنند و فرقی نمی‌کند که علم قاضی در زمان قضاوتش حاصل شود یا پیش از آن.» (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۳۷)

سید مرتضی در خصوص مخالفت ابن جنید و این انتقاد که با مخالفت او اجماع محقق نمی‌شود، بیان می‌نماید که در این مسئله اختلافی میان امامیه وجود ندارد؛ اجماع امامیه در این قضیه مقدم بر نظر ابن جنید می‌باشد و مخالفت ابن جنید به نوعی تمسک به رأی و اجتهاد است. وی به صحت ادعای خود به آیه «الزانی و الزانیة فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلده» و «السارق و السارقة فاقطعوا أیدیہما» متوسل می‌شود، با این توضیح که آیات مذکور بر این دلالت دارند که امام یا قاضی چه قبل از قضاوت و چه بعد از آن علم و آگاهی نسبت به ارتکاب اعمال فوق از جانب شخص بیاید، واجب است که اجرای حدود نماید. به عقیده وی دو آیه مذکور بر مورد علم قاضی حمل می‌شود، نه بر مورد شهادت و اقرار؛ چراکه هرگاه کسی اقرار به محارم فوق کند یا بر آن شهادت دهند، نمی‌توان مرتکبان را زانی و سارق دانست، بلکه اجرای حدود در این موارد به لحاظ اتباع از حکم شرع است. زناکار و سارق واقعی کسی است که اعمال مذکور را در عالم خارج متحقق کرده باشد و قاضی نیز به آن علم حاصل نماید. (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

شیخ طوسی معتقد است اجرای حد با تمسک به علم قاضی در غیر از حدود خاص الهی نزد اصحاب مسلم بوده است. حتی در میان فقهای ماکسانی هستند که در حقوق الهی چنین نظری دارند و اضافه می‌نمایند که به عقیده وی اگر قاضی از خطا مصئون باشد، می‌تواند بر اساس علم خودش حکم صادر نماید. وی در کتاب النهایه می‌گوید: «هنگامی که امام کسی را در حال

زنا یا شرب خمر مشاهده کند بر او واجب است که علیه آن شخص حد اقامه کند و منتظر قیام بینه یا اقرار نماند؛ البته چنین اختیاری برای غیر امام نیست و غیر امام جهت اجرای حد حتی اگر صحنه و جریان جرم را بعینه مشاهده کند، نیازمند این است که یا اقامه بینه نماید و یا فاعل اقرار کند.» وی در ادامه می‌نویسد: «اما قتل، سرقت و سایر حقوقی که مربوط به مسلمانان است اعم از حد و تعزیر را امام نمی‌تواند به محض دیدن، اقامه حد نماید؛ به جز آنکه صاحب حق مربوط، آن را درخواست نماید. بر امام فرض است که آن را اجرا نماید و چنانچه علم به وقوع بزه داشته باشد، ضرورتی ندارد. بنا بر آنچه نقل کردیم منتظر اقامه بینه و یا اقرار جرم بماند.» (طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۷)

ابن ادریس در خصوص علم قاضی می‌گوید که حکم قاضی بر طبق علمش به طور مطلق در حقوق الناس جایز است، نه در حقوق الله. محقق حلی می‌گوید: «بر امام واجب است که مطلقاً در حقوق الهی و مردم بر طبق علم خودش قضاوت کند. ولی برای غیر او در عمل به علم در حقوق الناس و حقوق الله دو قول وجود دارد.» (محقق حلی، ۱۴۱۰: ۲۵۷) او در شرایع نیز چنین آورده است: «امام می‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند و غیر امام نیز می‌تواند بر اساس علم خود در حقوق الناس قضاوت کند و حکم صادر کند؛ اما در حقوق الله دو قول وجود دارد؛ قول صحیح‌تر این است که در آن دو هم بر طبق علم خود حکم کند و در تمام این موارد جایز است حکم ندهد بدون اینکه شاهی باشد که حکم دادن او را مشاهده کند.» (محقق حلی، بی‌تا، ج ۱: ۲۷۱)

شهید اول در لمعه می‌گوید: «قاضی اگر عالم و آگاه به حق باشد به علم خود حکم می‌کند و اگر عالم به حق و واقع مورد نزاع نباشد از مدعی، بینه می‌خواهد.» و در کتاب حدود می‌آورد که: «حاکم به علم خود اقامه حد می‌کند. همچنین در حقوق مردم حد باشد یا تعزیر، فرقی نمی‌کند، جز آنکه در حقوق مردم، پس از درخواست آنان است.» (عاملی، ۱۳۹۶: ۸۰ و ۲۳۷) محقق سبزواری در کفایه الاحکام در باب قضا می‌گوید: «امام بر طبق علم خود به طور مطلق حکم می‌کند و شهر در غیر امام، جواز حکم بر طبق علم به طور مطلق است.» سید علی طباطبایی درباره حجیت علم غیر معصوم می‌گوید: «دو نظر عمده در این خصوص وجود دارد که اظهر و آشهر آن مثل مورد معصوم، قائل به امکان و جواز هستند، بلکه عموم فقهای متأخر موافق این نظر هستند. علاوه بر آنکه صریح انتصار و خلاف و غنیه و نهج الحق و ظاهر سرائر، دلالت بر وجود اجماع امامیه بر این مطلب دارد و این اجماع حجت و دلیل قاطع ماست.» (طباطبایی، ۱۳۹۵، ج ۱: ۴۷۹)

صاحب جواهر می‌گوید: «در میان اصحاب ما اختلافی در اینکه امام مطلقاً در حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند بر طبق علمش حکم نماید، وجود ندارد. در انتصار و غنیه و ایضاحات و نهج الحق و غیره بر آن اجماع قائم شده است و آن حجت بلامنازع است.» وی اضافه می‌نماید: «غیر از امام، جمله قضات می‌توانند در حقوق الناس بر طبق علم خود داوری کنند و در حقوق الهی، فقها بر دو قول اند که اصح القولین جواز قضا و حکم طبق علم در حقوق الهی است و در انتصار و غنیه و محکی خلاف و نهج الحق و سرائر بر این مطلب اجماع شده است.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴: ۸۶)

از مجموعه این ادله، آیات و روایات چنین استفاده می‌شود که علاوه بر اینکه حجیت برای علم ذاتی است و علم قاضی برای او حجت است مثل سایر کسانی که علم به موضوع پیدا می‌کنند، قاضی می‌تواند به استناد علم خود قضاوت کند و حکم بدهد یعنی در حقیقت علم قاضی یکی از طریق اثبات دعوی است که قاضی بر اساس آن حکم می‌کند؛ زیرا وقتی قاضی علم پیدا کرد که زید مرتکب سرقت شده عنوان واقعی سارق را بر او منطبق می‌بیند و می‌گوید: هذا سارق و از طرفی خود را مخاطب به خطاب فاقطعوا می‌داند.

لذا خود را مأمور به فاحکم بین الناس بالحق می‌بیند و باید حکم بدهد پس اینکه بعضی از مخالفین این قول استدلال می‌کنند که حجیت علم قاضی برای او ثابت است. چون حجیت علم ذاتی است اما اینکه قاضی بتواند به استناد علم خود قضاوت کند و آن علم را مستند دعوی و طرق دعوی قرار دهد ثابت نیست و نیاز به دلیل دارد و دلیل بر این امر نداریم بلکه دلیل برخلاف آن است. می‌گویند در موردی که قاضی علم به موضوع دارد و دلیل بر اثبات دعوی مثل بینه یا اقرار نیست قاضی نباید حکم دهد بلکه استتکاف از حکم بنماید، قولی بی‌وجه و بی‌اساس و من غیر تحقیق است؛ و با دقت در آنچه گفته شد دلیل آن روشن و شبهه برطرف خواهد شد و در هر مورد می‌تواند به علم خودش عمل کند و علم قاضی می‌تواند مستند و طبق اثبات دعوی باشد، چون قاضی با علم خود موضوع و مصداق حق و عدل را تشخیص می‌دهد و به استناد آن حکم می‌کند، خواه موضوع

جزایی باشد یا حقوقی؛ بنابراین علم قاضی در حقوق مدنی همانند حقوق جزایی در ابواب مختلف معاملات به معنی اعم، در عقود و ایقاعات و در باب نکاح و طلاق و در باب وصیت، وقف و اثبات نسب و غیره جریان دارد.

۹. بررسی اعتبار علم قاضی در حقوق برخی کشورها

ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه مقرر می‌دارد: «قاضی حق دارد که رأس به هر شیوه تحقیقی که قانوناً پذیرفته شده دستور دهد.» این قاعده، بیانگر اصلی است که در سال‌های اخیر توسط بسیاری کشورها پذیرفته شده هرچند اختلافاتی چند نیز میان آن‌ها موجود است. (Dalloz: p.467)

در قانون دادرسی مدنی ایتالیا نیز مقررات مشابهی دیده می‌شود. در این زمینه مواد ۸۷۱ و ۸۷۷ بلژیک و مواد ۳۵۵ و ۳۸۲ و ۴۴۰ برزیل قابل ذکر است.

به طور کلی می‌توان گفت که در اکثر سیستم‌های حقوقی، قضات از اختیارات وسیع برای کشف حقیقت امور مطروحه برخوردار شده‌اند و این ناشی از این اندیشه است که قضات، تماشاگری منفعل نیستند بلکه وظیفه کشف حقیقت را دارند. البته این به مفهوم پذیرش جهانی این اختیارات نیست؛ چنانکه هنوز در آلمان، اسپانیا، ترکیه و ژاپن پذیرفته نشده است.

بعلاوه نباید تصور نماییم که پذیرش این قواعد، مرز میان اختیارات قضات و اختیارات طرفین دعوا را به طور کلی زیر رو کرده است. با قوانین جدید، قضات از حیث طرح موضوع، اقامه دلایل و دفاع جانشین طرفین دعوی نگشته‌اند. چنانکه ماده ۷ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌کند که: «قضات نمی‌توانند بر مبنای اموری که در دعوی مطرح نگردیده حکم صادر نمایند. مع‌هذا قضات می‌توانند در میان اموری که طرفین مطرح می‌نمایند به مواردی متوسل شوند که طرفین دعوی آن را در دفاع از خود بکار نبرده‌اند.

حتی در قوانین کشورهای امریکای لاتین که اختیارات وسیع برای قضات قائل شده است، آنان نمی‌توانند جانشین طرفین دعوی در تحمل بار دلیل گردند، بلکه هرگاه باوجود تحقیقاتی که مورد درخواست طرفین قرار می‌گیرد، تردیدهایی در خصوص عناصر تشکیل دهنده دعوی یا دفاع وجود داشته باشد، قضات وارد عمل می‌شوند. «نقش تکمیلی و نه جانشینی قضات از آن روست که اینان از موضع ثالث بی‌طرف که به‌وسیله کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین اساسی مورد تأکید قرار گرفته است، خارج نشوند.

(پیمانی، ۱۳۳۶؛ جعفر لنگرودی، ج ۴: و مهر پور، ۱۳۶۰: ش ۱۴۹ و R.Perrot, 1994: P404)

نتیجه‌گیری

از مجموع این استدلالات و استظهارات همان قول مشهور ثابت می‌گردد که علم برای قاضی حجت است و می‌تواند مستند حکم قرار گیرد.

- همه فقها البته به غیر از ماوردی اجماع دارند که قاضی به خلاف علم خویش حکم را صادر کرده نمی‌تواند.

- همه فقهای امامیه به‌غیر از ابن جنید در خصوص عمل امام معصوم طبق علمش متفق‌علیه هستند و اجماع دارند؛ اما در مورد غیر معصوم اعتقاد به حجیت علم قاضی مشکل است، لذا مدرک قرار دادن اجماع فقها به‌عنوان دلیلی روشن بر اعتبار علم قاضی مخدوش و قابل مناقشه بوده و نمی‌تواند حجت تام باشد. (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸ و علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

- در خصوص حقوق الناس، ابن جنید به‌صراحت به عدم جو از نظر داده. (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱) و طوسی در مبسوط، قول به جواز را مقید به مصونیت از خطانموده است؛ لذا می‌توان نتیجه گرفت که دلیل اجماع به دلیلی که شرح داده شد، مقبولیت عام ندارد و این اجماع نیز صراحت و روشنی دلالت ندارد.

- باید میان رسیدگی‌های مدنی و کیفری قائل به تفکیک شویم. هرچند سیر تحول رسیدگی‌های به‌سوی اعطای اختیارات وسیع به قضات است و در نظام حقوقی پیروی از دیدگاه‌های فقهی با حاکمیت اعتبار علم قاضی این تمایل را تقویت می‌کند، اما این بدان معنا نیست که قانون‌گذار قضات را جانشین اصحاب دعوی دانسته و قاعده منع تحصیل دلیل را به کناری نهاده باشد. مطلوب قانون‌گذار از یک‌سو خارج نمودن قضات از وضعیت یک تماشاگر صرف، پذیرش نقشی تکمیلی برای آنان و تکیه بر نظام اقناع وجدانی است و از سوی دیگر قضات با اندیشه حفظ «اصل بی‌طرفی» در استفاده از اختیارات خود محتاط‌اند. در رسیدگی‌های کیفری وضع به‌گونه‌ای دیگر است و آنچه موضوعیت دارد، کشف حقیقت و علم قاضی نسبت به وقایع دعواست.

قانون‌گذار علم ناشی از مشاهدات شخصی قاضی را به رسمیت می‌شناسد و رسیدگی به جرائم و صدور حکم را بر اساس دلایل فوق، وظیفه قضات می‌داند؛ علاوه بر آنکه در نظام حقوقی ایران حجیت نامحدود علم قاضی بنا بر نص ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی طرفداران بسیار دارد.

- علمی که برای قاضی حجت است و می‌تواند از راه استناد به آن قضاوت نماید علمی است که از طریق متعارف برای او حاصل شده باشد، یعنی طریقی که نوع مردم از آن طریق علم حاصل می‌کنند و بر طبق آن ترتیب اثر می‌دهند؛ اما اگر از طریق خواب دیدن یا تفأل زدن یا رمل و اسطرلاب علم حاصل گردد از طریق متعارف محسوب نمی‌گردد. بلی اگر از راه تحقیقات علم برای وی حاصل شود می‌تواند معتبر باشد.

- قاضی که علم برای او معتبر است فرق نمی‌کند مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد مأذون در قضاوت؛ زیرا ادله اعتبار علم برای قاضی اطلاق دارد و هر دو مورد را شامل می‌شود و دلیلی برای تقیید وجود ندارد.

- بالای قاضی لازم است مستند علم خود را بیان کند؛ یعنی امارات و قرائن و شواهدی را که از مجموع آن‌ها علم حاصل نموده تک‌تک آن را ذکر کند تا هم مستند او قوی و محکم و غیرقابل خدشه باشد و هم از اتهام و سوءظن مبرا باشد.

- در صورتی که قاضی به موضوعی که نزد او مطرح است علم داشته باشد و واقع امر را می‌داند چه در امر حقوقی باشد یا جزائی لکن بینه برخلاف او شهادت می‌دهند یا منکر برخلاف آنچه او عالم است قسم یاد می‌کنند یا اقرار و اعتراف برخلاف او می‌کند، در تمام این موارد قاضی موظف است به علم خود عمل کند و بینه و اقرار و قسم در مقابل علم قاضی هیچ ارزش و اعتباری ندارد و یا انتظار نماید تا عدل و فسق شهود ظاهر گردد و یا موضوع را به قاضی دیگر محول نماید که این نیز یک قول امام شافعی (رح) بوده است تا از تهمت نجات یافته و مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد، (۱۳۸۸ هـ ۱۹۶۸ م)، المغنی، ج ۱۱، مصر: مكتبة القاهرة.
۲. ابن مودود موصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، (۱۳۵۶ هـ ۱۹۳۷ م)، الاختيار لتعليق المختار، ج ۲، قاهره و بيروت: الحلبي، دارالكتب العلميه.
۳. بخاری، محمد بن اسماعيل، (۱۴۰۷ ق ۱۹۸۷ م)، الجامع الصحيح، قاهره: دارالشعب، حديث رقم (۲۲۱۱).
۴. بيهقي، احمد بن الحسين، (۱۳۷۶)، تاج المصادر، تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگي.
۵. پيمانی، ضياءالدين، (۱۳۳۶)، دلائل قضایی در حقوق انقلابی فرانسه، تهران: نشر خرمي.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۷)، دایره المعارف علوم اسلامي، دانشنامه حقوق، ج ۴، تهران: گنج دانش.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا) و سائل الشيعه، ج ۳، ۱۸، ۲۷ و ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت.
۸. خامنه‌ای، سيد محمد، (۱۳۸۲)، علم قاضي، تهران: انتشارات تک.
۹. خرسندیان، محمدعلی، (۱۳۸۳)، «بررسی حجیت علم قاضي در فقه و حقوق»، شیراز: مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، شماره ۲، شماره مسلسل ۴۱.
۱۰. رأفت عثمان، محمد، (۱۴۱۵ هـ ۱۹۹۴ م)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ج ۱، الناشر: دار البيان الطبعة: الثانية.
۱۱. رملی، محمد بن احمد، (۱۴۰۴ ق ۱۹۸۴ م)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ۸، بيروت: دارالفکر.
۱۲. سجستانی، سليمان بن الأشعث، (بی تا)، سنن أبي داود، ج ۳، بيروت: دار الكتاب العربي.
۱۳. شاملو احمدی، محمدحسین، (۱۳۸۰)، فرهنگ اصطلاحات و عناوين جزائی، ج ۱، اصفهان: دادیار.
۱۴. شرقاوی، عبدالله بن حجازی، (۱۲۳۴ ق)، حاشیه الشرقاوی علی التحریر، ج ۲، بيروت: دار الكتب العلمیة.
۱۵. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، (۱۹۳۸ م)، نیل الاوطار، ج ۹، مصر، اداره الطباعة المنيرة و مصطفى آلبانی الحلبي.
۱۶. طباطبائی، علی بن محمدعلی، (۱۳۹۵)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، ج ۱، قم: النشر الاسلامي، نشرالجماعة المدرسين.
۱۷. طبرانی، سليمان بن احمد، (۱۴۰۴ ق ۱۹۸۳ م)، المعجم الكبير، ج ۱۰، قاهره: دار إحياء التراث العربي.
۱۸. طوسی، محمد بن الحسن بن علی، (بی تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بيروت: دار الكتاب العربي.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۶)، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
۲۰. عاملی، محمد بن مکی، (۱۳۹۶)، اللعه الدمشقيه، تهران: انتشارات مجد.
۲۱. عاملی، شیخ حر، (۱۳۹۱)، وسایل الشيعه در مقدمات حدود، ج ۲۸، تهران: اسلاميه.
۲۲. عطوه، عبدالعال احمد، (بی تا)، محاضرات فی علم القاضي و القرائن و غيرها، سعودی: دراسات العليا، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلاميه.
۲۳. عظیمی، محمد، (۱۳۸۸)، ادله اثبات دعوا، ج ۲، تهران: انتشارات میزان.
۲۴. علم الهدی، علی بن حسین، (۱۳۸۰ ش)، الانتصار، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة.
۲۵. فاضل نراقی، احمد بن محمدمهدي، (۱۴۱۵ ق)، مستند الشيعه فی احکام الشريعة، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۲۶. قزوینی، محمد بن یزید، (۲۰۰۶)، سنن ابن ماجه، قاهره: دار إحياء الكتب العربيه.
۲۷. قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، (۱۳۳۸)، الجامع الصحيح، ج ۳، كتاب الأفضیة، باب قضیة هند حديث رقم (۱۷۱۴)، بيروت: دار الجیل بيروت + دارالأفاق الجديدة.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۳)، اصول الکافی، باب اصناف القاء ج ۷، تهران: دار الكتب الإسلامیة، چهارم.
۲۹. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۴)، ادله اثبات دعوا، ج ۲، تهران: نشر میزان.

۳۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (بی‌تا)، بحارالانوار، ج ۷۶، بیروت: مؤسسه الوفاء.
۳۱. محقق حلی، جعفر بن الحسن بن یحیی، (۱۴۱۰)، المختصر النافع، تهران: مؤسسه البعثه.
۳۲. محقق حلی، جعفر بن محمد، (بی‌تا) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱ و ۴، تهران: انتشارات استقلال.
۳۳. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد، (۱۳۸۱)، کفایه الاحکام، قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه.
۳۴. مدنی، جلال‌الدین، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱ و ۲، تهران: پایدار.
۳۵. المنسوب الى الامام العسکری، (۱۴۰۹)، تفسیر الامام العسکری، قم: مؤسسه الامام المهدی.
۳۶. مهر پور، حسین، (۱۳۶۰)، «قضاوت در اسلام»، تهران: نشر عرفان، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹.
۳۷. مهر پور، حسین، (۱۳۷۳)، «سرگذشت تعزیرات»، مجله کانون وکلا، دوره دوم، ۴۸، ۱۴۹-۱۴۸.
۳۸. موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۷۹)، تحریرالوسیله، ج ۱ و ۲، قم: دارالعلم.
۳۹. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۹)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه، سوم.
۴۰. یعمری مالکی، محمد بن فرحون، (۲۰۱۱ م)، تبصره الحکام، ج ۴، دار العالم الکتب للنشر و التوضیح.

قوانین و لوایح

۴۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.
۴۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.
۴۳. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۷۸.
۴۴. قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه
۴۵. قانون دادرسی مدنی ایتالیا و برزیل.
۴۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۹/۷.
۴۷. قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۷۸.

لاتین و سایت

۴۸. vea No.Dalloz، xJxPvoirs voirsD'officede geCivil LesPo.
۴۹. ۱۹۹۴ paris، ed۶، diciaires Institationsj، R.Perrot.
۵۰. <https://ghadianloo.blogspot.com/post-۱۵/۰۱/۱۳۸۸> /۲۱۷/